

EL MODELO DE GESTIÓN DE DERECHOS DE AUTOR ESPAÑOL, EN LA ENCRUCIJADA *

ANDRÉS BOIX PALOP**

Resumen: Los cambios tecnológicos, económicos y sociales de los últimos años han supuesto una enorme presión sobre el tradicional modelo de propiedad intelectual y de gestión de los derechos de autor español. La importancia de la protección de las actividades creativas para cualquier sociedad obliga, por ello, a repensar desde sus fundamentos el modelo de forma coherente con el Derecho europeo en la materia. Estas reformas no pueden perder de vista la realidad económica subyacente y habrían de tratar de lograr sus objetivos asumiendo que las cosas, simplemente, no son como solían ser. Sin embargo, de momento, la reacción del Derecho español está siendo francamente insatisfactoria, con un enroque defensivo en las soluciones del pasado.

Palabras clave: derechos de autor, propiedad intelectual, ley Sinde, autoría digital.

Abstract: The recent technological, economic and social changes have implied a great pressure on the Spanish traditional model of intellectual property and copyright management. The relevance of protection of creative activities obliges to rethink from its foundations this model in coherence with European Law. These reforms cannot lose sight of the underlying economic reality and should try to achieve their aims assuming that today's reality is not as it used to be. Nonetheless, up to this moment, Spanish law's reaction is frankly disappointing, based on a defensive entrenchment on past solutions.

Keywords: Copyright, intellectual property, Sinde's Law, digital authorship.

SUMARIO: I. PROTECCIÓN DE LA CREACIÓN Y SOCIEDAD DIGITAL; II. ALGUNAS CLAVES DEL CAMBIO TECNOLÓGICO; III. LA CREACIÓN Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO COMO CULTURA O COMO NEGOCIO; IV. EL PATERNALISMO JURÍDICO Y LA PROTECCIÓN DE LA CREACIÓN CULTURAL EN LA TRADICIÓN ESPAÑOLA; V. UNA PRIMERA RESPUESTA FRENTE A LOS PROBLEMAS: LA PRETENSIÓN DE BLINDAJE; VI. ALGUNOS EJEMPLOS DE RESPUESTA JURÍDICA EN CLAVE DE ENROQUE; VII. UN CANON DIGITAL TAN EXAGERADO QUE INCLUSO INCUMPLE EL DERECHO EUROPEO; VIII. LA LEY SINDE Y LA PRETENSIÓN DE PONER PUERTAS AL CAMPO MIENTRAS PAREZCA QUE ES POSIBLE.

* Fecha de recepción: 02/06/2011.

Fecha de aceptación: 13/09/2011.

** Profesor Titular de Derecho Administrativo (Universitat de València - Estudi General de València).
Andres.Boix@uv.es

I. PROTECCIÓN DE LA CREACIÓN Y SOCIEDAD DIGITAL

Resulta evidente que una sociedad avanzada ha de proteger aquellas manifestaciones creativas que se entienden colectivamente como valiosas. Una manera de hacerlo, como también es obvio, consiste en amparar a sus creadores por la vía de lograr un marco jurídico que les permita rentabilizar su esfuerzo y que facilite su puesta en valor. Las razones para intentar consolidar un entorno de esas características son muchas y valiosas. La riqueza cultural de un país depende en gran medida del correcto fomento de la creación autóctona, suele decirse en primer lugar. Pero también hay motivos económicos, cada vez más importantes, que van en la misma dirección. Las sociedades terciarias, las economías desarrolladas, han de aspirar a consolidar sectores de valor añadido, donde la formación y el capital humano tengan un peso cualitativo, con el fin de poder competir, en un entorno de globalización, con aquellas sociedades capaces de producir bienes o proveer de servicios con un empleo intensivo de mano de obra menos cualificada. Caben pocas dudas, en estos momentos, al respecto.

Tampoco es posible, a estas alturas del desarrollo y aceleración tecnológica que ha supuesto la aparición de las primeramente llamadas nuevas tecnologías y la consagración de Internet y la digitalización, negar que el futuro de la transmisión de contenidos, y también por ello a no mucho tardar (guste esta realidad más o menos) su rentabilización económica, pasa indefectiblemente por la red. Lo cual, junto a una serie de ventajas obvias respecto de la mayor facilidad a la hora de difundir contenidos comporta, inevitablemente, también problemas. Tan evidente como que gracias a este cambio tecnológico vamos a tener a nuestro alcance, con mucha más facilidad, muchos más productos culturales (y que como consecuencia de ello las posibilidades de la industria cultural, a la hora de llegar a más público, se incrementan notablemente), lo es también que la propia esencia de Internet y de la transmisión de contenidos utilizándola van a dificultar, como de hecho ya lo están haciendo, que el actual modelo de derechos de autor y propiedad intelectual funcione de manera satisfactoria para los autores, los creadores y las industrias de soporte a estas actividades. Unos colectivos que, si bien asumen con naturalidad las ventajas derivadas de la globalización, tales como la reducción de costes y la ampliación de mercados que ha provocado la Red, no son en cambio tan entusiastas respecto de las dificultades objetivas que aparecen para la rentabilización de los productos. Pero que inevitablemente habrán de acabar entendiendo que las unas van indisolublemente unidas a las otras. Y que ambas están aquí para quedarse.

II. ALGUNAS CLAVES DEL CAMBIO TECNOLÓGICO

Conviene no perder de vista, en efecto, que esta nueva situación es la inevitable consecuencia derivada de ciertos elementos estructurales de la comunicación digital en red,

íntimamente vinculados entre sí y difícilmente soslayables, por lo que se habrá de contar con ellos en el futuro asumiéndolos como un todo. Cualquier reflexión que los ignore o que pretenda actuar para contrarrestarlos corre el riesgo de convertirse en un esfuerzo fútil, porque poner puertas al campo, como es sabido, lo es. La misma naturaleza de Internet, sintetizada en dos factores, reafirma esta idea.

El primero de ellos es la siempre mencionada, pero absolutamente esencial, estructura descentralizada con la que se ha construido Internet. Esta carencia de centro efectivo, la multiplicación de nodos, la posibilidad de que la información llegue del destinatario al receptor por vías muy diferentes, por infinidad de caminos alternativos perfectamente válidos, hace que el control estatal (o realizado por cualquier otra autoridad) sobre los flujos de contenidos e información sea en la práctica imposible de llevar a cabo. No ya es que resulte muy complicado conseguir un control absoluto sobre la red y su flujo de contenidos (lo que no tendría por qué ser imprescindible para conseguir unos resultados eficaces a efectos de lograr los objetivos de la industria, a quien bastaría un control suficientemente amplio, aunque no llegara a todos los intersticios y a los extremos, para controlar los intercambios que realiza el común de la población). Es que incluso aspirar a un control de mínimos es muy complicado. Requiere de muchos, demasiados, esfuerzos; de una enorme dedicación; de elevadas inversiones dedicadas a establecer cortafuegos, mecanismos automáticos de verificación de transmisiones, etc. que luego, a la hora de la verdad, son fácilmente sorteables por el usuario experto y que, además, están constantemente necesitados de actualización porque la evolución tecnológica de los propios internautas es incesante. Sólo los regímenes totalitarios que consideran esencial el control de la información que reciben sus ciudadanos han establecido sistemas de esta índole y la experiencia demuestra, tanto en China como en Cuba o Corea del Norte, tanto en Irán como en Arabia Saudí, en Egipto o en Marruecos (cada uno de estos ejemplos con sus diversos grados de intensidad), que en general los costes son enormes para obtener resultados, en el mejor de los casos, magros.

El segundo es la naturaleza de lo transmitido: datos. En el momento en que un contenido cultural puede digitalizarse y ser codificado en forma de ceros y unos, una serie de consecuencias son irreversibles. La primera de ellas es que el soporte pierde todo el valor. Y no conviene perder de vista que nuestro sistema de rentabilización de contenidos a partir de la construcción jurídica que ha sido y todavía es la noción de propiedad intelectual está sustentado en un modelo de mercantilización del producto que ha ido siempre inescindiblemente unido a su soporte. Que era, a fin de cuentas, lo que se compraba y vendía: el código para una novela, el CD para una canción, el DVD para una película que se comercializaban como mercancía por mucho que lo adquirido, en el fondo, fuera el contenido inmaterial que en ellos se plasmaba. Toda la modelización económica y jurídica con la que hemos desarrollado nuestra respuesta para garantizar los derechos de los creadores estaba basada en esa identidad, que se daba por supuesta porque la tecnología de la época así lo imponía. El propio concepto de propiedad intelectual, aunque en puridad independiente de la misma, ha acabado impregnado de esta visión como demuestra el hecho de que, por ejemplo, en

España, históricamente, se hayan declinado los derechos económicos asociados pensando, sistemáticamente, más en soportes que en contenidos. Como a todos nos consta, la digitalización ha hecho que este mundo pase a mejor vida.

Un segundo efecto inmediato derivado de la digitalización es que la copia deja de ser difícil y que ya no comportará pérdidas reseñables de calidad. A diferencia de lo que ocurría con los soportes tradicionales, cuya copia o bien era artesanal y de baja calidad (las fotocopias de un libro, el casete donde el consumidor hacía un personal *mix* a partir de la música original), o bien, si buscaba una calidad homologable a la del *master*, era carísima y no compensaba económicamente realizarla si se podía adquirir un original, lo que suponía un freno natural a la piratería (si en el mercado de la copia no legal no se puede competir en precio es muy difícil hacer el producto atractivo para el consumidor, excepto en casos en los que los canales de distribución legales no funcionan o funcionan muy mal), la copia digital es potencialmente perfecta. Con muy poco coste y a partir de una tecnología al alcance de cualquiera es posible obtener copias que replican a la perfección el original (original, de hecho, que ya no es tal; en realidad, este concepto está llamado a perder toda su vigencia).

Un tercer factor no desdeñable es que los contenidos digitales, además, se pueden disgregar, transmitir separadamente (y recordemos que la red permitía el empleo de muchos canales alternativos, de manera que incluso podemos transmitir un único producto dividido en miles de partes y que cada una de ellas viaje por canales diferentes, complicando, de nuevo, enormemente el control), almacenar fragmentadamente, compartir a partir de segmentaciones almacenadas por muy diferentes usuarios. Estas posibilidades están ínsitas en el ADN de la digitalización de los contenidos, a la que la industria no puede renunciar porque le aporta muchas ventajas, algunas ya expuestas, razón por la cual es imposible pretender prescindir de ellas. Cualquier regulación sobre derechos de autor adaptada a la era digital ha de tenerlo en cuenta.

III. LA CREACIÓN Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO COMO CULTURA O COMO NEGOCIO

La situación, en definitiva, es absolutamente nueva, diferente a la que existía cuando se gestó y consolidó nuestra manera de intervenir sobre los derechos de autor con la intención, como se ha dicho desde un primer momento, absolutamente intachable de proteger a los creadores. Y los mecanismos de intervención jurídicos que hemos diseñado y hemos venido usando durante todos estos años, sencillamente, están dejando de servir, ya no cumplen bien su función y es de prever que, conforme pase el tiempo, lo hagan cada vez peor. Las grietas que dejan resultan cada vez más evidentes, sin que ello haya llevado hasta la fecha a una reflexión sobre el modelo de fondo. Hasta la fecha la única reacción ha sido apuntalar, con medidas jurídicas de urgencia, el sistema existente, en la esperanza de que, al menos, aguante mal que bien unos años más. El problema es que las soluciones que se

requieren son estructurales, no coyunturales, y no parece que sepamos, de momento, hacia dónde queremos reorientar la intervención.

Un factor que agrava la situación es que, en España, así como en casi todos los demás países de Europa occidental, subsiste una importante confusión conceptual sobre qué son en puridad las creaciones culturales, cuál es la naturaleza de estos productos, si cultural o industrial. Indefinición que se refleja en el tratamiento jurídico que reciben. En los Estados Unidos, donde la discusión es mucho menor, pues para todo el mundo resulta evidente que estamos hablando de industria y de negocio, el ordenamiento jurídico es más coherente. Y la coherencia, al menos, es un buen refugio conceptual donde resguardarnos en tiempos de mudanza, confusión y cambio como los que vivimos.

De acuerdo con su particular visión del sector como negocio y su consideración de las creaciones artísticas y culturales como productos mercantiles típicos, el ordenamiento jurídico estadounidense crea esa modelización jurídica que es la propiedad intelectual, como todos los demás sistemas por otra parte, y permite su patrimonialización. Hasta aquí no hay diferencias, ni siquiera en el establecimiento de una limitación temporal a la vigencia de esta conversión jurídica, limitando el disfrute de los derechos económicos asociados al reconocimiento de la autoría a un número de años, una restricción establecida incluso constitucionalmente tal es la importancia que se otorga a esta suerte de devolución de la obra al patrimonio social inmaterial. Para el Derecho de los Estados Unidos la contrapartida de que regrese cualquier actuación creativa al acervo común tras haber gozado de la protección a cargo del Derecho es el inescindible reverso de la moneda del esfuerzo público por dotar de estatuto jurídico propietario a esa inmaterialidad que es la creación. Pero una vez realizada la operación de ingeniería legal, una vez convertido un bien inmaterial como es la paternidad creativa en objeto jurídico apropiable y rentable, el Derecho anglosajón no duda en darle trato de mercancía a todos los efectos, sin matizaciones ni excepciones. Mercancía que se compra, se vende, se utiliza, se usa a partir de la libre concurrencia de voluntades, como es la norma habitual en el tráfico jurídico de bienes y servicios entre individuos.

Obviamente, esta aproximación estructural no hace que el Derecho anglosajón sea inmune a los problemas derivados del cambio de circunstancias impuesto por la transformación tecnológica. Pero sí permite, al menos, que las reglas del juego sean claras. Los creadores deciden libremente si contratan con empresas que comercializan sus contenidos o no. Éstas o aquéllos, cuando venden, establecen por medio de un contrato privado a qué da derecho y a qué no la compra. Será más o menos fácil de controlar, pero el vendedor puede determinar si cede el producto (ya sea con su soporte incorporado, ya en una versión a base de bits) para que sea empleado una única vez o para que el comprador lo posea y use durante toda la vida útil del mismo, con prohibición de compartirlo o autorizando para ello, permitiendo la copia o no. Obviamente, en esta negociación entre privados el precio incorpora las facultades reconocidas. Cuanto más amplias sean más se habrá de pagar. Por este motivo en los Estados Unidos podemos encontrar contratos de muy diverso tipo, incluso restricciones en ocasiones aparentemente ridículas y absurdas que los consumidores aceptan cuando cie-

rran la transacción (es cierto que muchas veces sin saber exactamente cuál es su contenido): no poder leer un libro en voz alta, prohibiciones de cesiones o préstamo de una película, de copia de un disco, de visionado en grupo de un producto audiovisual. También por este motivo el autor tiene una enorme libertad para definir y predeterminar el concreto estatuto jurídico de su creación una vez se transmite, capacidad de decisión que puede emplearse para eliminar restricciones o condicionar el uso del producto a elementos no económicos, que es la vía que tratan de explotar las licencias *Creative Commons* o los modelos *copyleft*, con mecanismos como la determinación por parte del autor de la distribución gratuita si quien adquiere se compromete a hacer un determinado uso del bien, etc.

Internet, es cierto, altera las condiciones de hecho sobre las que operan estas transacciones. Pero no altera su esencia jurídica. Copiar y distribuir entre amigos, o tratar de vender esas copias, es ahora más fácil y barato que antes. La calidad de esas copias es mucho mayor. Pero el vínculo jurídico vigente entre creador o comercializador y consumidor, no ha cambiado sustancialmente. La infracción seguirá siendo tal si se produce un incumplimiento de los compromisos adquiridos y la respuesta del Derecho, una vez aquella sea probada, la misma. Ocurre, sin embargo, que el derecho a la intimidad hace opacas muchas descargas y que hay notables problemas jurídicos, por ejemplo de prueba, que facilitan que Internet, sí, haya hecho mucho más sencilla la piratería o la descarga. Pero el Derecho no tiene dudas respecto de la legitimidad de la reacción punitiva o preventiva, en forma de demandas civiles por daños y perjuicios, de establecimiento de medidas de trazabilidad como el chip DRM que incorpora información sobre la gestión del concreto contenido y que se emplea para saber si se copia o distribuye en contra de lo dispuesto en la licencia de uso, o de implantación de dispositivos anticopia. Esta evolución tecnológica en pos de un mayor control, a su vez, es siempre susceptible de ser contrarrestada con la mayor pericia técnica lograda por parte de los usuarios. Y el juego competitivo, la tensión concurrencial, fomenta la aparición de mecanismos privados de intermediación (plataformas de difusión *on-line* de contenidos, pero de pago, por ejemplo) que persiguen una sensata composición de las ventajas (mayor penetración, menos costes de transacción y edición) que aportan la Red y la digitalización frente a sus obvios inconvenientes (facilidad de realizar copias perfectas y distribuir las gratuitamente o como piratería, con pocas posibilidades de control sobre las mismas) con apoyo en la tecnología y tratando de compensar las pérdidas derivadas de una menor rentabilización por cada unidad vendida por la vía de incrementar de forma suficiente el número global de ventas. El caso más famoso, como es sabido, es el modelo representado por *iTunes* o sus muchos equivalentes, que aspiran a bajar precios y facilitar la compra, garantizando al consumidor un producto legal, certificado, completo, de calidad, y que además se puede encontrar y adquirir con mucha comodidad y rapidez. Plantea el problema, eso sí, de que va dibujando un panorama donde, con independencia de que todavía no sabemos si los autores podrán o no alcanzar una retribución homologable a la que venía siendo habitual en las últimas décadas, es claro que el intermediador clásico, la industria cultural, pierde su espacio a favor de plataformas tecnológicas donde aparentemente pueden tener ventaja para instalarse como mediadores empresas tecnológicas antes que los grupos

editores clásicos. Lo cual, sin duda, genera fricciones. Pero no hemos de perder de vista que la evolución natural de los mercados y de las sociedades hace que ciertas labores de intermediación o gestión cobren fuerza en unos momentos y luego puedan ser superadas. Al igual que hay actividades que por los condicionantes sociales y técnicos de un momento histórico pueden ser muy rentables y luego, al variar aquéllos, pasar a serlo menos. Nada de lo que se atisba, en este sentido, es estrictamente anómalo en términos históricos.

En Europa, y en España muy especialmente, la reacción está siendo muy distinta porque la situación de partida también lo era como consecuencia de una traslación jurídica del modelo de propiedad intelectual vigente anclada en otros principios. El fundamento que enhebra todo el tratamiento parte del hecho de que en nuestro país se entiende que no hablamos exactamente de una industria, que los productos culturales no son meras mercancías (o que quizás lo sean, pero sólo en parte) porque también son cultura, imagen y reflejo de valores de nuestra sociedad y que por ello se han de difundir y defender con esfuerzo público. Convicción que ha condicionado la respuesta jurídica de nuestro ordenamiento, estableciendo una serie de protecciones adicionales para estos productos y sus comercializadores que, ante el cambio de contexto social y económico, están generando problemas adicionales a los ya existentes en los Estados Unidos. Problemas que son más graves de lo que pueda parecer a simple vista porque están alentando una reacción más acomodaticia y menos dinámica frente al cambio social, económico y tecnológico que, en el fondo, puede acabar situando a la industria cultural española en una posición de desventaja competitiva de cara al futuro. Un futuro donde parece que quien se adapte antes y mejor al cambio, que quien entienda mejor el nuevo modelo de rentabilización de las creaciones culturales que posibilita la red, tendrá mucho ganado.

IV. EL PATERNALISMO JURÍDICO Y LA PROTECCIÓN DE LA CREACIÓN CULTURAL EN LA TRADICIÓN ESPAÑOLA

De manera muy sintética, puede afirmarse que el ordenamiento jurídico español se aleja de un modelo propietario en materia de propiedad intelectual y derechos de autor de tipo anglosajón por la vía de añadirle una serie de medidas proteccionistas de distinto calado. Por ejemplo, introduciendo barreras públicas que disciplinan el sector y lo hacen menos poroso, menos expuesto a las reglas de mercado y del acuerdo entre privados que son las que acaban construyendo el sistema de intercambios anglosajón. Estas reglas, por lo demás, nunca han sido cuestionadas por la Unión Europea, por mucho que puedan suponer evidentes alteraciones a la libre competencia, pues uno de los pocos ámbitos en los que el Derecho de la Unión ha entendido históricamente como posible que se introduzcan excepciones es, como es sabido, el cultural. Es más, las reglas en materia de propiedad intelectual y de gestión de derechos de autor de nuestro país vienen en gran parte predeterminadas, o están al menos enmarcadas, en normas europeas en este sentido. De modo que, lejos de

poder suponer estas restricciones a la libre competencia un problema de compatibilidad con el Derecho de la Unión, en realidad son en parte producto derivado de la aproximación más común en Europa.

Básicamente, lo que hace el Derecho español, para proteger al sector y a los creadores, pero también con la intención declarada de beneficiar a los consumidores (o al menos a una parte de los consumidores) y lograr un adecuado equilibrio, es establecer limitaciones al juego de la autonomía de la voluntad con una visión netamente paternalista. Paternalismo jurídico y no otra cosa son en el fondo, de hecho, las dos instituciones que jurídicamente más singularizan nuestro modelo y que han acaparado el protagonismo en los últimos meses: el canon digital o la comisión encargada de velar por las violaciones de derechos de propiedad intelectual puesta en marcha por la llamada *Ley Sinde*.

Ambas instituciones y las polémicas asociadas a las mismas son, por lo demás, excelente reflejo de los problemas agudos de falta de coherencia de un modelo a medio camino entre el mercado y la promoción pública que como mucho podría aspirar a lograr un equilibrio inestable si consigue no estar manifiestamente sesgado pero que se acaba desacreditando cuando se desequilibra a favor de una de las partes. Precisamente eso es lo que ha ocurrido en los últimos meses, pues las presiones de la industria cultural han logrado que el Estado acepte que el producto cultural sea tratado como bien de mercado (y que así se ordene jurídicamente) cuando conviene a la industria (esencialmente a la hora de rentabilizar y comercializar) pero, a la vez, y también, siga siendo tenido por “cultura” para recibir subvenciones o hacerse acreedor de facultades pseudopúblicas que permiten recaudar coactivamente (como ocurre con la gestión el canon), favoreciendo doblemente los intereses de uno de los colectivos en conflicto, en perjuicio del otro. El desequilibrio evidente que esta situación supone comporta una enorme presión sobre un modelo de tutela que se pretendía arbitral y protector de todos los intereses en juego, lo que entraña un enorme riesgo de descrédito social, que ya se está produciendo.

V. UNA PRIMERA RESPUESTA FRENTE A LOS PROBLEMAS: LA PRETENSIÓN DE BLINDAJE

Sometida a la presión de Internet, de la digitalización, de la piratería, de la facilidad de copia, del intercambio de archivos, la industria española ha encaminado sus esfuerzos estos últimos años a presionar a quienes toman decisiones para lograr protección por medio de un blindaje jurídico en lugar de a tratar de definir plataformas de negocio alternativas adaptadas a la nueva realidad. Más o menos como también ha ocurrido en los Estados Unidos, pero con la diferencia de que allí sus posibilidades de acción son limitadas (pueden pedir que se aumenten los años hasta que un producto pase al dominio público, como han hecho, y con éxito; pueden tratar de lograr que se revise hasta qué punto la confidencialidad a priori de las transacciones de datos impediría investigar a alguien y sus conexiones sin previos

indicios de haber cometido un ilícito, lo que han logrado también en parte consiguiendo ciertas relajaciones en la admisibilidad de que un mero ilícito civil abra esta posibilidad, pero poco más) porque su modelo es de interacción entre privados. La defensa que pueden encontrar en el ordenamiento jurídico es poca y obliga a plantear una evolución más acorde con las necesidades económicas y el cambio social.

En España, en cambio, el intervencionismo público permite aspirar a blindar con mayor potencia el sector. La solución no deja de ser, en última instancia, coyuntural, y nadie duda en la propia industria de que tarde o temprano la reconversión se impondrá por la vía de los hechos. Pero la tentación de tratar de apurar el modelo y sus ventajas hasta las últimas consecuencias ha llevado a presionar, y con éxito, hasta desequilibrar y averiar para siempre el tradicional marco otorgado por el Estado paternalista a productores y ciudadanos en abierto beneficio de los primeros. Lo que ha generado, y está generando, enormes problemas jurídicos y sociales sin que sirva para resolver, en el fondo, nada con carácter definitivo. Se consigue, eso sí, alargar la agonía de la vieja industria, que quizás con esta respiración asistida podrá aguantar unos años más y aplazar su inevitable muerte y reconversión. Agonía agravada por el enorme descrédito del sector y por la creciente desafección hacia la norma que se está produciendo. Efectos ambos que no puede descartarse que tengan consecuencias no menores en el futuro.

Esta estrategia de blindaje, una huida jurídica hacia adelante, se ha desarrollado en varias fases y ha contado con varias herramientas, de las que listamos sólo las más significativas:

- criminalización de los usuarios y de las redes de intercambio, así como búsqueda de una respuesta penalmente desproporcionada frente a la piratería;
- establecimiento de un canon digital cada vez más extenso y cada vez más separado de sus objetivos primarios, lo que ha agudizado las contradicciones internas del modelo de retribución establecido coactivamente en compensación por la copia privada;
- asignación de recursos públicos para el control y persecución de ciertas actividades, así como para revisar contenidos en Internet, por medio de la comisión creada por la famosa disposición final a la Ley de Economía Sostenible más conocida como *Ley Sinde*.

Analicemos, pues, estos tres vectores y sus insuficiencias para entender hasta qué punto la reacción se limita a canalizar una mera pretensión de blindaje que aspira a poder continuar con la rentabilización del actual modelo industrial mientras sea posible, eso sí, con la inestimable ayuda del aparato estatal, que muestra músculo y aporta toda su fuerza para contener las grietas que la realidad tecnológica y económica van haciendo cada vez más grandes. Obviamente, en la medida en que la fuerza del Estado y del Derecho es mucha, tales medidas tienen cierto efecto y logran cierto éxito. Otra cosa son los costes en que

incurren y su manifiesta insuficiencia como planteamiento de futuro. Conviene detenerse un poco más en las carencias de esta aproximación a fin de poner de manifiesto su evidente cortoplacismo.

VI. ALGUNOS EJEMPLOS DE RESPUESTA JURÍDICA EN CLAVE DE ENROQUE

La criminalización de los usuarios, de sus propios consumidores, ha sido una de las primeras manifestaciones de esta estrategia de *bunkerización*, cortoplacista y muy probablemente suicida a largo plazo. A fin de cuentas, son los ciudadanos españoles, y especialmente los más jóvenes, los que habrán de adquirir productos culturales de nuestros creadores y de nuestra industria cultural en el futuro. La supervivencia de nuestros sellos editoriales o discográficos, el porvenir de nuestros escritores o cineastas, pasa inevitablemente por su aceptación, ante todo, en el mercado interno. Es cuestionable, y de hecho parece que finalmente ha sido abandonada, una estrategia conducente a criminalizar y perseguir muy agresivamente conductas socialmente muy generalizadas y aceptadas que conduzca a enajenarse la empatía y el afecto de ese público.

Con todo, el aparato del Estado ha apoyado sin dudar las diferentes medidas adoptadas desde un primer momento en esa dirección. Se intentó perseguir a los consumidores que descargaban música o intercambiaban archivos y sólo una sucesión de pronunciamientos judiciales que finalmente incluso la propia Fiscalía acabó asumiendo permitió consolidar la interpretación que entendía que este tipo de ilícitos no merecían un reproche penal. Algo que a día de hoy, por cierto, la industria sigue cuestionando periódicamente llevando a los órganos penales estas conductas u otras equivalentes cada cierto tiempo. Posteriormente se tipificó como delito el uso de programas destinados a burlar los sistemas anti-copia con que la industria ha venido equipando algunos soportes (algo sumamente paradójico porque en España el poder hacer una copia es un derecho que se retribuye con un canon obligatorio, pero este factor no hizo desistir a nuestro legislador de su peculiar visión sobre la conveniencia de criminalizar estos actos). Además, nuestro Código penal mantiene unas penas desproporcionadas para la piratería de productos culturales, manifiestamente absurdas si las comparamos con las penas previstas para conductas que afectan a esos mismos, o equiparables, bienes jurídicos protegidos en el mundo *off-line*.

Las acciones de las diversas entidades de gestión de derechos de autor, percibidas públicamente como muy antipáticas, debido a los privilegios públicos con los que cuentan (y que son difíciles de explicar para asociaciones de base privada que persiguen fines particulares, no públicos) y a su actitud poco amable, van también en esa línea. Su pretensión de maximizar beneficios, aspirando a cobrar cánones incluso a partir del empleo legítimo por parte de los ciudadanos de obras libres, aprovechando los privilegios procesales con

los que cuentan, ha llevado a que se genere una imagen de persecución del ciudadano que abunda en esta narrativa.

Una última versión de esta actitud, aunque se ha pretendido matizar al indicar públicamente que no perseguirán ciudadanos ni usuarios sino páginas web de enlaces en exclusiva (algo por lo demás que no se infiere necesariamente del texto legal), es la propia aprobación de un mecanismo de control como la *Ley Sinde*, aunque sus muchas peculiaridades obligan a analizarla por separado como última manifestación de la estrategia de blindaje. Baste recordar ahora la imagen de conjunto: una industria que, ayudada por el aparato legal estatal, concibe a los ciudadanos, a los consumidores, como enemigos y los hostiga por múltiples vías jurídicas para, a continuación, pedirles que consuman productos culturales españoles y que los compren con cierta alegría. No parece la mejor estrategia.

VII. UN CANON DIGITAL TAN EXAGERADO QUE INCLUSO INCUMPLE EL DERECHO EUROPEO

El canon compensa a los autores (y a sus intermediarios) en nuestro ordenamiento jurídico, en esa visión paternalista a la que nos hemos referido anteriormente, por el derecho de copia privada que se reconoce a los ciudadanos. En lugar de permitir que sean los propios compradores y los creadores o la industria los que acuerden si desean o no disponer de ese derecho y la compensación justa por el mismo a partir de criterios de oferta y demanda, el Derecho español impone una composición de intereses que busca garantizar el estatuto jurídico del ciudadano y, a la vez, una compensación justa para los creadores. Obviamente, lo hace al entender beneficioso socialmente fijar esta pauta.

El problema es que el canon se ha ido extendiendo, aprovechando la llegada de la digitalización y la aparición de múltiples soportes o aparatos susceptibles de ser empleados para almacenar copias (aunque no sólo tengan esa función). De manera que lo que en origen se pagaba cuando se adquiría un tipo de producto (fotocopiadora, cintas vírgenes de audio o vídeo) casi exclusivamente apto para hacer copias de contenido original, ha acabado siendo una tasa de tipo casi general, que en su versión digital se aplica a casi cualquier aparato o soporte electrónico. La industria, además, en estos últimos años, ha logrado incrementar la recaudación por canon de manera exagerada, incluso en entornos recesivos, gracias a esta aproximación maximalista. Justificada, aparentemente, en una legítima contraprestación por las pérdidas de facturación derivadas de la bajada en las ventas, que se achacarían formalmente a esa repentina mayor cantidad de copias privadas en circulación (algo evidentemente incoherente con la propia naturaleza legal de la copia privada y con el hecho de que la propia industria asocia esta bajada, esencialmente, a las descargas y la piratería, que nada tienen que ver conceptualmente con la copia privada).

La comunión de intereses entre el Estado y las entidades de gestión que se hacen cargo del canon ha sido tal que ni siquiera los controles públicos respecto de su recaudación y distribución han sido demasiado satisfactorios o efectivos. La definición de los productos gravados con canon ha provocado todo tipo de absurdos, que afectan no sólo a los ciudadanos que lo han de pagar para hacer sus fotos, escribir sus trabajos en un ordenador, grabar vídeos de sus hijos y mantener una copia de todos estos materiales. Incluso el propio Estado se “castigaba” a sí mismo obligándose a pagar canon por el empleo de estos soportes y materiales en la Administración. La regulación jurídica española, de tan generosa con la industria, ha acabado sufriendo importantes varapalos judiciales. La justicia de la Unión Europea ha anulado la norma de nuestro país por no ser proporcional e imponer un canon demasiado amplio. La sentencia europea, en concreto, obliga a su replanteamiento y a su eliminación respecto de personas jurídicas y, sobre todo, de la propia Administración. Más recientemente, la propia norma que regula el canon aplicable a los soportes digitales ha sido anulada judicialmente en España por varios defectos procedimentales, dando buena cuenta de la deficiente manera en que nuestro ordenamiento jurídico ha actuado tradicionalmente en la materia, en buena parte por haberlo hecho demasiado sometido a los dictados de los sectores implicados.

La evolución futura del canon es una piedra de toque inevitable para la reforma del modelo de gestión de derechos de autor español, dado que no parece razonable pretender que se prosiga con una generalizada presunción de uso para copia privada de casi cualquier soporte potencialmente apto. Una medida de estas características equivale a una tasa o impuesto, por lo que no debiera poder subsistir a favor de asociaciones privadas. Los perfiles actuales del canon digital están llamados a desaparecer, viéndose muy reducidos en su perímetro (y con cambios profundos en su gestión) o a ser transformados en un tributo acorde con las normas que rigen las exacciones obligatorias a los ciudadanos. Ahora bien, mientras estos cambios llegan la recaudación aumenta y se ha convertido en un puntal económico para el sector, que capea la crisis, una vez más, ayudado por la generosidad estatal que le brinda un modelo como el descrito.

VIII. LA LEY SINDE Y LA PRETENSIÓN DE PONER PUERTAS AL CAMPO MIENTRAS PAREZCA QUE ES POSIBLE

La última manifestación de que la reacción del ordenamiento español, hasta la fecha, es el acantonamiento en el actual modelo, tratando de blindarlo jurídicamente con la esperanza de que aguante el mayor tiempo posible, y contribuyendo a retrasar la necesaria modernización de los canales de distribución y rentabilización, la constituye la Disposición final cuadragésima tercera introducida en la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, recientemente aprobada, más conocida como *Ley Sinde* en referencia al nombre de la Ministra de Cultura, Ángeles GONZÁLEZ SINDE, una persona muy vinculada a la industria cultural

cinematográfica española, que ha sido la cabeza visible como promotora de la modificación. Esta norma consiste básicamente y en el fondo en la transferencia de medios públicos, al margen y más allá de los que ya pone de ordinario a disposición de todos los ciudadanos el Estado con las instituciones judiciales, para controlar y perseguir infracciones de nuestro ordenamiento jurídico que afectan a bienes privados (propiedad intelectual). Y ello a pesar de que la mayor parte de las veces, además, nos hallamos antes situaciones que, como ya se ha dicho y establecen reiterada y tozudamente los tribunales, no conforman ilícitos penales sino meras infracciones civiles. Obviamente, el Estado puede dedicar medios humanos y materiales a defender intereses estrictamente privados de modo preferente si entiende que hay un interés público de la suficiente importancia que lo justifique. Pero no deja de ser significativo que lo haga en este particular asunto, explicitando qué tipo de intereses considera especialmente dignos de protección. En nuestro caso, la propiedad intelectual definida de manera clásica. Blindada con todos los medios a disposición del aparato estatal para tratar de consolidar un modelo en crisis.

Adicionalmente, la aparición de un órgano administrativo, que es lo que contempla la norma, con potestades de control sobre los contenidos publicados y enlazados en páginas web de Internet y con capacidad para decidir su cierre (aunque tras la modificación final de la norma esta medida deba contar con respaldo judicial) plantea no pocas dudas constitucionales. Tanto la conveniencia de que sea la Administración la que desarrolle este tipo de funciones como numerosas cuestiones de privacidad o de libertad de expresión aparecen inmediatamente. Llama la atención la generosa asunción de riesgos en materia de derechos fundamentales por parte del legislador para tratar de agilizar el control y cierre de páginas que puedan contener contenidos o enlaces a contenidos que vulneren derechos de propiedad intelectual, una cuestión de propiedad ordinaria como las hay por decenas en nuestro ordenamiento jurídico. Máxime cuando, en el fondo, todo el mundo es consciente de que esta agilización ni es imprescindible ni tampoco imposible de lograr a través del proceso judicial ordinario. Ocurre, sin embargo, que la sensación que da la norma es que lo que se persigue no es tanto huir de los retrasos como huir de los jueces. Pero el absurdo es definitivo, sobre todo, si tomamos en consideración que, a la hora de la verdad, no parece que nadie confíe realmente en que esta comisión administrativa vaya a poder frenar unas dinámicas que social, económica y tecnológicamente han llegado para quedarse y que como hemos tratado de explicar son muy difícilmente controlables.

La línea está pues clara. Blindar jurídicamente, con todos los recursos que nuestro ordenamiento jurídico y la Administración tienen a su disposición, a la industria cultural para tratar de tapar los boquetes aparecidos en el modelo regulatorio clásico por la presión generada por la marea de Internet y la digitalización. Las grietas no se pueden tapar del todo y los parches son frágiles y están llamados a ceder. Más que nada porque la marea es muy potente, la presión cada vez mayor y el dique tarde o temprano cederá. Se está, simplemente, ganando tiempo. Pero conviene empezar a señalar que, en el fondo, se está perdiendo, porque todo el esfuerzo dedicado a apuntalar el actual sistema de rentabiliza-

ción no es sino desincentivo al desarrollo de modelos alternativos de negocio. Cualquiera que haya intentado comprar un libro digital o una película en versión original en España empleando los canales actualmente disponibles en Internet y se haya propuesto hacer lo propio en alguna de las tiendas digitales ya existentes en otros países sabe perfectamente de qué estoy hablando.